

Gewerkschaftliche Monatshefte

Herausgegeben vom Bundesvorstand des Deutschen Gewerkschaftsbundes

SIEBTES JAHR

JULI 1956

HERMANN L. BRILL

Gewaltenteilung im modernen Staat

Der Begriff der Gewaltenteilung gehört der klassischen Staatslehre und dem allgemeinen Staatsrecht an. Er verweist auf die Verfassung, die im einzelnen positiv zu bestimmen hat, ob, wieweit, in welchen Institutionen und in welchen Verfahren eine Teilung der Staatsgewalt stattfinden soll, wie Streitigkeiten zwischen den Staatsorganen als Träger der einzelnen Gewalten zu entscheiden sind, was im rechtlich ungelösten Konfliktfall zur Bewahrung der Einheit der Staatsgewalt zu geschehen hat, und für welches Organ des politischen Willens die Vermutung zur Ausübung der Staatsgewalt spricht. Pouvoir und puissances stehen also auch dann, wenn sie staatsrechtlich streng fixiert sind, in einem Spannungsverhältnis zueinander, das sich aus der Tatsache erklärt, daß die Rechtsätze, die Institution, Struktur und Funktion der einzelnen Staatsgewalten bestimmen, nicht auf Rechtsnormen zurückgeführt werden können, die durch Rechtsgefühl und Rechtsbewußtsein allgemein anerkannt sind. Soweit bei der Betrachtung der Teilung der Staatsgewalt überhaupt ein normatives Rechtsdenken als zureichend angesehen werden kann, bezieht es sich auf Eigentumsverhältnisse, Funktionsverhältnisse, Besitzverhältnisse, technische und zivilisatorische Regelungen des gesellschaftlichen Verkehrs, geistige Lebenskreise und politische Machtverhältnisse. Deshalb ist ein zweiter Rückgriff auf die Verfassung notwendig.

Es ist ein Charakteristikum unserer Zeit, daß der Begriff der Verfassung mehr und mehr in den Vordergrund des juristischen und politischen Denkens rückt. Die Gründe dafür liegen in der „Natur der Sache“: Die Behauptung, das 19. Jahrhundert sei das Verfassungsjahrhundert par excellence, hat sich durch die Entwicklung des modernen Staates in Asien und Mittelamerika als eine Illusion unseres kleinen Europa erwiesen. Die Verfassungen, die allein seit 1945 in diesen Regionen geradezu zu Dutzenden neu entstanden sind, zwingen uns, umzulernen, ja neu zu lernen in bezug auf den Verfassungsbegriff. Auch in Europa selbst ist die verfassungsrechtliche Entwicklung in vollem Fluß. Es gibt keinen europäischen Staat, der seine Verfassung seit 1945 nicht in wichtigen Institutionen geändert hätte; die verfassungspolitische Lage in Deutschland und Frankreich ist so labil, daß ganze Verfassungsordnungen, z. B. in der Deutschen Demokratischen Republik, mindestens aber bestimmte Institutionen, wie in Frankreich, fragwürdig erscheinen.

Vor die Aufgabe gestellt, den Begriff der Verfassung nach den Erfahrungen des 20. Jahrhunderts neu zu definieren, hat sich ein Teil der Wissenschaft mit einer Erklärung der Bedeutung (in Deutschland des „Wesens“) begnügt; in der ausländischen Wissenschaft greift man auf anerkannte Autoren, wie *Aristoteles*, *Rousseau*, *Hegel* und *Bryce*, zurück und versteht mit dem ersten die

Verfassung als die Ordnung des Lebens einer überschaubaren Gemeinschaft (polis), mit dem zweiten als die Rechtsordnung, die sich eine Gesellschaft in der Staatsordnung gibt, mit dem dritten als Volksordnung oder macht mit Bryce den Unterschied zwischen der geschriebenen und der ungeschriebenen Verfassung, die beide darin übereinstimmen, daß sie die Möglichkeit einer friedlichen Änderung der intendierten Ordnung einschließen. Auch die Erinnerung daran, daß jede verfassungsrechtliche Ordnung gewisse gesellschaftliche Voraussetzungen hat, wird wieder lebendig: Man denkt mit *Theodor Mommsen* an die Agrarverfassung, mit *Gneisenau* an die Kriegsverfassung, mit *Lassalle* an die Gesamtheit der sich gegenseitig bedingenden Machtverhältnisse, mit *Marx* an die materialistische und historische Dialektik der Klassenverhältnisse. Damit ist gesagt, daß sowohl die geschriebene wie die ungeschriebene Verfassung als auch die Verfassung im juristischen und politischen Sinne nichts Statisches, sondern etwas Dynamisches ist. Wir wollen uns durch diesen Satz keineswegs mit dem Verfassungsbegriff des Sowjetjuristen *Paschukanis* identifizieren, der in der Verfassung nur eine Sammlung von Konventionalregeln für den politischen Kampf sieht. Ebenso dürfte die nazistische Ideologie, wie sie von *Möller van den Bruck*, *Reinhard Höhn*, *Christian Steding* und — zusammenfassend — von *Ernst Rudolf Huber* vertreten wurde, ein Gemengsel von größtenteils materialistischen Vorstellungsserien mit übersinnlichen Anschauungen unterschiedlichsten Inhalts darstellend, überwunden sein. Aber zwischen Konvention und Ideologie fließt der breite und tiefe Strom des Staatslebens, der alle Bäche und Flüsse, die auf ihn zukommen, aufnimmt, „integriert“. Um im Bilde zu bleiben: Je größer die Integration, desto mächtiger die Gewalt des Stromes, ob sie nun für Bewässerungszwecke der Landwirtschaft, die Schifffahrt oder die Gewinnung von Elektrizität ausgenutzt wird.

Die Integrationstheorie unterscheidet scharf zwischen der politischen und der juristischen Verfassung. *Gneist* sah, den Blick auf die Gemeinde als politischen Lebensraum der kleinen und mittleren Bourgeoisie Preußens gerichtet (zugleich das englische Vorbild des local government völlig mißverstehend), nur in der Gemeinde die Integration der Gesellschaft in den Staat; aus dieser Anschauung hat er den universalen Charakter des kommunalen Betätigungsbereiches abgeleitet. *Sمند* betrachtete in den zwanziger Jahren den Integrationsprozeß umfassender. Er erstreckte ihn auf den ganzen Staat und erweiterte ihn auf die sozialen und kulturellen Erscheinungen. *Heller* ergänzte *Sمند*, indem er den Integrationsprozeß direkt zum Kulturvorgang, die Staatswissenschaft zur Kulturwissenschaft werden ließ. Endlich ist es dem Engländer *Laski* in dem Standardwerk, das die Staatswissenschaft in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts hervorgebracht hat, der *Grammar of Politics*, gelungen, mit den Mitteln des philosophischen Pluralismus darzutun, daß die Integration der gesellschaftlichen Elemente sich im Staat in den Formen eines horizontalen und vertikalen *federalism* vollzieht, nationale und internationale Verbundenheiten dabei in Konkurrenz treten, die Souveränität des Einzelstaates nivelliert wird und die Integration sich mit dieser Angleichung zur Koordination wandelt.

Aus diesen allgemeinen Bemerkungen ergibt sich, daß im modernen Staat die Gewaltenteilung materiell völlig neue gesellschaftliche Voraussetzungen gegenüber jenen des 17. bis 19. Jahrhunderts hat. Mag die Unklarheit darüber (sie scheint in der juristischen Welt am stärksten zu sein — es genügt, zu diesem Zwecke unsere höchst richterlichen Entscheidungen in Fragen der politischen Strafjustiz, in der Staats- und Verwaltungsgewaltenteilung zu analysieren) heute noch zum guten Ton jener Pseudo-Wissenschaftler gehören, die wortreich um die Dinge herumreden, so sind doch die neuen gesellschaftlichen Tatsachen nicht wegzuleugnen. Im übrigen sind sie aus der Geschichte wohl bekannt.

Um das Problem der Gewaltenteilung klarzumachen, beliebt unsere Schuljurisprudenz auf *Montesquieu* zu verweisen. Dieses Verfahren ist insofern richtig, als *Montesquieu* jener Schriftsteller ist, der durch seinen *Esprit des lois* (1748 bis 1752) mit der Lehre von der Teilung der Staatsgewalt in die gesetzgebende, die rechtsprechende und die vollziehende Gewalt den größten Einfluß auf die staatsrechtliche Praxis des 19. Jahrhunderts ausgeübt hat. Der Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, klassisch ausgeprägt in der belgischen Verfassung von 1831, hat die Lehre *Montesquieus* zur Voraussetzung. Er war die politische Lebensform der ökonomisch siegreichen, politisch aber nur halb verantwortlichen Bourgeoisie. Die Gewaltenteilung in ihrer klassischen Form entspricht den Bedürfnissen dieser Gesellschaft. Die Mittelklassen versuchten, den Staat in der Gesetzgebung völlig ihren Interessen zu unterwerfen; ihr Ideal waren Gewerbefreiheit und Einheit des bürgerlichen Rechtes, anders ausgedrückt: Rechtssicherheit durch Berechenbarkeit, aber ohne soziale Gerechtigkeit. Es sollte durch eine von den beiden politischen Gewalten, der gesetzgebenden wie der vollziehenden, unabhängige Rechtsprechung für die Interessen des Alltags garantiert werden. Die vollziehende Gewalt stand teils als Neutrum des Staatsoberhauptes, teils als der Verwaltungsgewalt unterworfenen Hoheitsverwaltung, teils als kommunale Selbstverwaltung neben den beiden anderen Gewalten. Das ist der Rechtsstaat, wie er, von kantischen und

hegelschen Philosophemen verklärt, zuerst von *Robert von Mohl*, später von *Otto Bähr*, schließlich von *Rudolf von Gneist* in Deutschland umrissen wurde.

Aber Montesquieu war kein origineller Denker. Seine Theorie der Gewaltenteilung ist die Verdichtung der Erfahrungen, die er in der englischen Emigration gemacht hat (dafür, daß diese Erfahrungen nicht sehr gute gewesen sind, existieren viele indirekte Beweise; der beste sind die Junius-Briefe, in denen die Korruption, zu der das von Montesquieu geschilderte System der Gewaltenteilung geführt hat, angeprangert wurde). Die Theorie der Gewaltenteilung ist in England von *John Locke* aufgestellt worden. Es ist von fundamentaler Bedeutung, den Unterschied in der Einteilung von Locke und Montesquieu hervorzuheben. Locke handelt von der gesetzgebenden, der vollziehenden und der föderalen Gewalt. Vollziehende und rechtsprechende Gewalt fallen begrifflich bei ihm zusammen. Beide befanden sich durch die Glorreiche Revolution (1689) in den Händen der Mittelklasse. Die gesetzgebende Gewalt wurde ohnehin vom Parlament ausgeübt, bei dem — seit Cromwells Tagen — die Wahrung der Einheit der Staatsgewalt lag; denn das Parlament hatte gesetzgebende und vollziehende und (im Oberhaus bis auf den heutigen Tag!) zugleich rechtsprechende Gewalt. Die dritte Gewalt, die Montesquieu nicht kennt, war für Locke die föderale, d. h. die auswärtige Gewalt, die (das ist die Wortbedeutung) das Recht hat, Verträge zu machen. So zeigt sich in Lockes Theorie und in der englischen Staatspraxis eine andere Gesellschaft als in der belgischen Verfassung von 1831: eine agrarische Gesellschaft mit Manufakturisten, Außenhandelskaufleuten und Reedern, die die auswärtige Gewalt, formell in den Händen des Königs, kontrollieren und die gesetzgebende und die vollziehende Gewalt selbst beherrschen.

Noch anschaulicher werden die Dinge, wenn wir bis zu der Gewaltenteilungslehre zurückgehen, die in der deutschen Staatswissenschaft nach dem Ende des 30jährigen Krieges vertreten wurde. Sie ist einfach eine Lehre von den Staatstätigkeiten, deren sie drei, fünf, sieben, in einem Falle sogar dreizehn selbständige kennt und als Äußerung der Staatsgewalt auffaßt. So bildet sich der an Anarchie grenzende Zustand einer im Kriege vollständig zusammengebrochenen Gesellschaft, die nach neuen Formen sucht, aber unfähig ist, sie zu finden, juristisch ab.

Überschaut man diese dreihundertjährige Entwicklung der Gewaltenteilungslehre, dann erscheinen die seinerzeit von der NSDAP stark betriebenen Experimente, den „Führerstaat“ auch theoretisch zu begründen, geradezu lächerlich. Die nazistischen Führer der Jugend auf den deutschen Hochschulen bemühten sich darzulegen, daß durch den „Marxismus“ nicht eine Dreiteilung der Staatsgewalt, sondern eine dreifache Zersetzung des Staates vor sich gegangen sei; sie behaupteten, daß die Parteien durch das Parlament die Gesetze machten, die Gewerkschaften die Wirtschaft terrorisierten und die jüdische Presse die Staatsautorität in der Justiz aushöhle, sie in der auswärtigen Politik mit den Mitteln des Landesverrats untergrabe und im Heer Kommandogewalt und Disziplin durch Diffamierung des Soldatentums zersetze: *Videant consules, ne quid detrimenti capiat res publica!* Man kann eine Demagogie nicht nach der Richtigkeit oder Unrichtigkeit ihrer Aussagen analysieren. Aber man muß dem Bonner Grundgesetz die Frage stellen, ob es die Gewaltenteilung im modernen Staat richtig und ausreichend vorgenommen hat.

II. Der Bonner Versuch

Das Bonner Grundgesetz behandelt die Gewaltenteilung nicht *expressis verbis*. Es nimmt sie als gegeben an. Nach Art. 20 Abs. 2 wird die Staatsgewalt „vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“ ausgeübt. Neben die Organe, die Träger der geteilten Staatsgewalt sind, wird hier also durch das Bindewort „und“ das Volk in den Institutionen der Wahlen und Abstimmungen gestellt. Das ist annähernd richtig, wenn man das Volk als *pouvoir constituant* versteht. Aber es wäre ganz und gar unrichtig, wenn man es so von den Staatsorganen, die Träger der Gesetzgebung, der Rechtsprechung und der vollziehenden Gewalt sind, abtrennen wollte. Denn auch in diesen Staatstätigkeiten handelt das Volk; Recht wird ausdrücklich „im Namen des Volkes“ gesprochen.

Art. 20 Abs. 3 stellt die verfassungsmäßige Ordnung über die Gesetzgebung, Gesetz und Recht über die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung. Hier taucht ein Pro-

blem auf, das für den modernen Staat lebensentscheidend ist: die Bindung der Ausübung der Staatsgewalt an das Recht (rule of law). Denn auch die verfassungsmäßige Ordnung im Sinne von Art. 20 Abs. 3 kann nur als Rechtsordnung verstanden werden. So fragmentarisch das ist, was das Grundgesetz über die Gewaltenteilung enthält, so deutlich treten in diesen Fragmenten die Probleme der Demokratie und des Rechtes hervor.

Wenden wir uns, um das klarzumachen, zunächst der *Gesetzgebung* zu. Träger der gesetzgebenden Gewalt ist nach Art. 77 Abs. 1 GG der Bundestag. Entscheidend für die Frage nach dem konkreten Sinn des abstrakten Begriffes vom Willen des Gesetzgebers ist, wie der Bundestag zustande kommt. Der Faschismus war die erste unter den modernen Diktaturen, der einen Willen des Gesetzgebers überhaupt geleugnet hat, natürlich nur, um ihn durch den Willen des Diktators zu ersetzen. Deshalb war ihm der Wahlakt eine sinnlose mathematische Summe von jeweils besonders determinierten Willensavisdrücken einer wechselnd unbestimmten Zahl von Individuen, nicht der konstante Willensakt der Nation; die Parteien wurden als Instrumente zur Zersetzung der Nation hingestellt. Betrachtet man das Bonner Grundgesetz unter Berücksichtigung dieser gegen die Demokratie gerichteten Motive, dann ist in bezug auf die Tauglichkeit oder die Untauglichkeit des Wahlrechtes zur Zeit ein bestimmtes Urteil nicht möglich. Das trifft nicht nur für Bonn zu, die ganze Welt krankt am Wahlrecht. In allen Staaten wird reformiert, lizenziert, koalitiert und manipuliert.

Viel ernster ist die Feststellung, daß bis heute die Bundesgesetze (Art. 21 Abs. 3 sieht absichtlich mehrere vor) zur Regelung des Parteiwesens nicht ergangen sind. In bezug auf das Parteiwesen lebt das deutsche Volk in der Bundesrepublik nicht in einer Rechtsordnung, sondern in einem politischen Dschungel. Spenden für politische Parteien sind sogar außerhalb dieser vom Grundgesetz vorgesehenen Gesetzgebung, nämlich durch ein Steuergesetz, steuerfrei gemacht worden.

Wenn man die Gewaltenteilung im modernen Sinne sowohl auf die juristische wie auf die politische Verfassung erstrecken will, muß man auch die staatsrechtlichen Lücken in der Bundesrepublik feststellen. Am einfachsten ist das dadurch möglich, daß man auf bestimmte politische Erscheinungen in Deutschland hinweist, für die es im ausländischen öffentlichen Recht eine gesetzliche Regelung gibt. Eine solche politische Erscheinung ist unbestreitbar die *Lobby*, d. h. die berufsmäßige, besonders bezahlte Besorgung des Geschäfts der ständigen Einwirkung auf Fraktionen, Fraktionsvorstände, Ausschüsse und einzelne Abgeordnete wie interfraktionelle Vereinigungen von Abgeordneten. Daß diese Einwirkung in der erdrückenden Mehrzahl der Fälle im Interesse der besitzenden Volksklassen geschieht, liegt auf der Hand, die Wirtschaftsverbände der Unternehmer stehen dabei an der Spitze. Die Angaben über die in Bonn tätigen Lobbyisten schwanken zwischen 200 und 500 Personen. In den USA besteht seit mehr als zwanzig Jahren ein Gesetz, das solche Personen verpflichtet, sich in ein öffentliches Register einzutragen, anzugeben, welche Interessen sie vertreten und welche Bezüge sie dafür erhalten. Außerdem ist eine Ehrengerichtbarkeit der Lobby vorhanden. In der Bundesrepublik existiert nichts davon. Die Folge ist, daß sich niemand ein Bild davon machen kann, wie von dieser Seite aus der Wille des Gesetzgebers beeinflußt wird.

Die französische Republik hat seit dem Jahre 1946 ein Gesetz über die Errichtung eines nationalen Wirtschaftsrates. In Deutschland treffen die privaten Vereinigungen der Arbeitgeber, der gewerblichen Wirtschaft, der Bauern, der Deutsche Industrie- und Handelstag, aber auch Arbeitgeber und Vertreter der gewerblichen Wirtschaft mit Vertretern der Gewerkschaften nur von Fall zu Fall zusammen, um Gegenstände der Gesetzgebung zu besprechen. Das heißt: Ein für das öffentliche Leben höchst bedeutsamer Vorgang, der in Frankreich staatsrechtlich organisiert und dadurch öffentlich kontrolliert ist, präsentiert sich in Deutschland als eine Reihe von Zufälligkeiten. Die Diskussion, ob ein Wirtschafts-

rat neben dem Parlament notwendig und nützlich sei, wird rückwärts gekehrt in die Erörterung der Frage, was denn der vorläufige Reichswirtschaftsrat der Weimarer Republik geleistet habe. Auch von dieser Seite her bleibt also der Wille des Gesetzgebers unklar.

So ist es kein Wunder, daß wir in der Bundesrepublik öfter ausgesprochen schlechte Gesetze haben. Höchst notwendige Gesetze, wie die Reform der Sozialversicherung, kommen nur stückweise oder überhaupt nicht zustande, die großen Gesetzgebungen, die der Bekämpfung der Katastrophensituation im deutschen Volk dienen sollten, wie das Lastenausgleichsgesetz und die Gesetze über die Wiedergutmachung, sind ein Wirrwarr von Normen, Rechtssätzen, Rechtsverordnungen, Verwaltungsanordnungen usw.; bei der Einkommensteuer sind die Veranlagungsrichtlinien und die Steuerfibel für das praktische Rechtsleben längst bedeutungsvoller geworden als das Einkommensteuergesetz selbst.

Es lohnt sich, die Frage aufzuwerfen, warum die Gesetze nicht besser sind. Darauf gibt es drei Antworten: Wir haben keine Staatswissenschaft, die sich der Probleme der Gesetzgebung annimmt; erst im Herbst dieses Jahres wird sich die Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer dem Problem zuwenden, ob das Gesetz im modernen Staat Norm oder Maßregel ist. Weiter haben wir kein modernes Gesetzgebungsverfahren, das für die Regierungs- wie für die Parlamentsseite gilt. Und schließlich sind Zahl und Qualität der Gesetzgeber unzureichend. Natürlicherweise ist nicht jeder Abgeordnete ein Gesetzgeber, und nicht jeder, der an der Gesetzgebung mitarbeitet, ein Rechtsschöpfer. Deshalb wird der Wille des Gesetzgebers endlich auch zur Frage der politischen Bildung und des juristischen Niveaus.

Diese Natur der gesellschaftlichen Problematik der Gewaltenteilung im modernen Staat zeigt sich noch deutlicher bei der *rechtsprechenden Gewalt*. Sie tritt sowohl in der Gerichtsverfassung und im Prozeßrecht wie im materiellen Recht zutage. Lenken wir unseren Blick auf die Bundesrepublik Deutschland, dann bemerken wir mit verschämtem Staunen, daß die rechtsprechende Gewalt bis auf den heutigen Tag nicht vollständig organisiert ist. Zwar wurden die oberen Bundesgerichte der ordentlichen, der Verwaltungs-, der Finanz-, der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit im Verlaufe von fünf Jahren nacheinander eingerichtet. Der Bund hat sogar von der Kann-Bestimmung des Art. 96 Abs. 3, Bundesdienststrafgerichte zu schaffen, Gebrauch gemacht. Aber das Oberste Bundesgericht ist bis heute nicht vorhanden. Eine oberste gerichtliche Behörde, „deren Entscheidung für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der oberen Bundesgerichte von grundsätzlicher Bedeutung ist“, existiert nicht. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht contra legem versucht, in der Praxis durch Ausdehnung seiner Zuständigkeit diese Funktion des Obersten Bundesgerichtes zu usurpieren. Der Erfolg war nicht nur der Zweifel an der inneren sachlichen Legitimität des Bundesverfassungsgerichtes zu einem solchen Vorgehen, sondern auch eine Initiative, die Struktur des Bundesverfassungsgerichtes durch eine andere Amtsbestellung der Richter zu ändern. Dabei ist zu beachten, daß die jetzige Organisation des Bundesverfassungsgerichtes eigentlich zwei Gerichte hervorgebracht hat. Denn die Zuständigkeiten des 1. und des 2. Senates sind durch das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht unterschiedlich bestimmt, und die Gesetzgebung weist beiden Senaten weiterhin verschiedene Zuständigkeiten zu. Wird das Bundesverfassungsgericht bei diesem Reformversuch aus einer praktisch parteipolitisch neutralisierten Instanz zu einer parteipolitisch einseitig gebundenen gerichtlichen Oberbehörde, dann stellt sich das Problem der rechtsprechenden Gewalt als soziale Funktion für Deutschland erneut als die Frage nach der Klassenjustiz, der politischen Justiz einer säkularisierten Patrimonialgerichtsbarkeit. Man müßte dann an die brutale Mahnung eines preußischen Justizministers an das Abgeordnetenhaus erinnern: „Vergessen Sie nicht, meine Herren, daß es außer Gerechtigkeit auch noch Justiz geben muß!“

Die Folge dieses Zustandes der rechtsprechenden Gewalt in der Bundesrepublik liegt auf der Hand. Es gibt nur in einem sehr dürftigen Ausmaß Leitgedanken der höchststrichterlichen Entscheidungen. In der Judikatur der Menschenrechte geht es bunt durcheinander. Die Anwendung des Gleichheitssatzes durch das Bundesverfassungsgericht, den Bundesgerichtshof und das Bundessozialgericht läßt jede konstruktive Idee vermissen; daß der Gleichheitssatz eine Grundforderung des gesellschaftlichen Lebens unserer Zeit ist, sei wenigstens am Rande vermerkt. — Das Versagen der rechtsprechenden Gewalt hat häufige Amnestien zur Folge, die in ihrem Umfange alles in den Schatten stellen, was es an Massenbegnadigungen in gesetzlicher Form während der Weimarer Epoche je gegeben hat. Schließlich versagt die rechtsprechende Gewalt gänzlich in der Ahndung von Verbrechen der Träger der Diktatur, insbesondere wenn es sich um Militaristen handelt. Hatten sich die deutschen Gerichte schon 1945 (die Spruchgerichte der britischen Besatzungszone machten hierin eine rühmliche Ausnahme) der Zeitforderung, durch die Entnazifizierung der Wiederherstellung der Rechtsordnung zu dienen, mit der falschen Behauptung entzogen, Sühne sei keine Maßnahme, um Gerechtigkeit zu schaffen, so tragen sie, zumal in den letzten Jahren, dem bereits vor 125 Jahren vom preußischen Militärstrafrecht ausdrücklich abgelehnten unsinnigen Satz „Befehl ist Befehl“ immer mehr Rechnung, auch wenn der Befehl verbrecherisch war und glatt zu einem Mord führte.

Art. 95 Abs. 3 und Art. 96 Abs. 2 GG haben angenommen, die ganze gesellschaftliche Problematik der rechtsprechenden Gewalt durch eine Verbesserung der Gerichtsverfassung bewältigen zu können. Sie haben das Prinzip des Auswahlverfahrens, das sich für Schöffen und Geschworene im allgemeinen bewährt hat, in Richterwahlausschüsse für die Richter des obersten und der oberen Bundesgerichte transferiert. Offenbar hat der Verfassungsgesetzgeber dabei übersehen, daß er damit das Organ der gesetzgebenden Gewalt über die rechtsprechende gestellt hat. Wenn dabei auch für die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit die löbliche Absicht obwaltete, den sozialen Kräften des gesellschaftlichen Lebens einen gewissen Einfluß auf die rechtsprechende Gewalt zu eröffnen, so muß doch bezweifelt werden, daß er durch diesen Richterwahlausschuß erreicht werden kann.

Dieses Problem existiert übrigens in der ganzen Welt. Es ist in den *Vereinigten Staaten von Amerika* von 1936 bis 1952 sehr deutlich geworden. Erinnern wir uns daran, daß schon 1935 der die gewerbliche Wirtschaft betreffende Teil der New-Deal-Gesetzgebung von fünf der nine old gentlemen des Obersten Bundesgerichtes für verfassungswidrig erklärt wurde. Als *Roosevelt*, gestützt auf die überwältigende Mehrheit bei seiner ersten Wiederwahl, 1937 eine Reform des Obersten Bundesgerichtes durch die Erhöhung der Zahl der Richter von 9 auf 15 versuchte — wobei die 6 zusätzlichen Richter natürlich Demokraten gewesen wären —, scheiterte er vollkommen. Aber im Jahre 1952 hatten die Demokraten doch die Mehrheit dazu, was inzwischen durch *Eisenhower*, der nur Republikaner ernannte, kräftig korrigiert worden ist. Trotzdem kann man in der Rechtsprechung des Obersten Bundesgerichtes der Vereinigten Staaten eine andauernde fortschrittliche Tendenz feststellen, die sich insbesondere in der Negerfrage und in der Gewerkschaftsfrage, aber auch nicht minder in der Ausdehnung der Bundesstaatsgewalt auf Kosten der Staatsgewalt der Einzelstaaten zeigt.

Ähnlich liegen die Dinge in *Italien*. Zwar ist es in Italien noch nicht zu einer Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes gekommen. Aber die Strukturprobleme dieses Gerichtshofes beweisen die Problematik der rechtsprechenden Gewalt im modernen Staat nicht weniger als in anderen Ländern. Für die Normenkontrolle, die Entscheidung von Streitigkeiten zwischen den Staatsorganen und zwischen der Republik und den Regionen werden je 5 der 15 Mitglieder vom Präsidenten ernannt, von der Kammer gewählt und von den „hohen Magistraturen“ (Kassationshof, Oberverwaltungsgericht, Rechnungshof) bestellt. Obgleich die Verfassung am 1. Januar 1948 in Kraft getreten ist, gelang es den hohen Magistraturen erst vor wenigen Monaten, die letzten 5 Richter zu bestimmen.

Dabei ist in allen Ländern die Frage völlig offen, ob das, was die Gerichte an Justizsachen erledigen, soziologisch und funktionell beurteilt, überhaupt rechtsprechende Gewalt ist, oder ob es nicht eine historisch gewordene und zufällige Sammlung von Angelegenheiten ist, unter denen echte Rechtsentscheidungen die Minderheit der Fälle bilden.

Außerordentlich schwierig zu sagen ist, wie sich nun eigentlich die *vollziehende Gewalt* organisatorisch und inhaltlich bestimmen läßt. Sie ist Regierung und als Staats- und Selbstverwaltung die Tätigkeit von natürlichen und juristischen Personen in der Erhaltung der individuellen und öffentlichen Sicherheit, im Schaffen wirtschaftlicher Werte, in sozialen Diensten (die „dritte Stufe“ von Produktion und Konsumtion), in der Gesundheitspflege, der Erziehung, der Land- und Forstwirtschaft usw. Verwaltung ist aber auch das Rechtsmittelverfahren in einem mehrinstanzlichen System von Beschlußausschüssen, ja Gerichtsverfahren in einem dem Zivilprozeß nachgebildeten Verwaltungsstreitverfahren. Dabei hat die Verwaltung normalerweise mit dem Instrument der Rechtsverordnungen, in Krisen- und Kriegszeiten mit dem Instrument der delegierten Gesetzgebung auch rechtsetzende Gewalt. In der Verwaltung, die juristisch gar keine Einheit ist, sondern aus der mathematischen Summe von Regierungs- und Verwaltungsbehörden, Körperschaften, Kommissionen und Gerichten besteht, sammeln sich also die Formen und Funktionen der vollziehenden, der gesetzgebenden und der rechtsprechenden Gewalt. Das hat den Positivismus in arge Verlegenheit gebracht. Er definierte als Verwaltung einfach alles das, was nicht Gesetzgebung und nicht Rechtsprechung ist.

Versucht man in dieses Chaos begrifflich einigermaßen Ordnung zu bringen, so wird man die Regierung als Organ und Tätigkeit von der Verwaltung abtrennen müssen. Selbstverständlich gehören die Verwaltungsgeschäfte, die von Regierungen vorgenommen werden, zur Verwaltung.

Die Regierung hat sich seit dem ersten Weltkrieg überall zum Kabinettsystem entwickelt, in dem ein engeres Kabinett die eigentlich politischen Entscheidungen trifft. Überall, wo das Kabinettsystem, das vor 150 Jahren ein großer Fortschritt gegenüber der Doppelung von Kabinettsräten und Militär- und Zivilkabinett einerseits und Departements andererseits war, noch in der klassischen Form der Ministerialverfassung existiert, erweist es sich als unbrauchbar, um gegenüber dem Ansturm der Geschäfte im modernen Staat bestehen zu können. Wissenschaftliche Beiräte, Gutachterausschüsse, politische, ökonomische und juristische Berater, ein Heer von brain trusts und ghost writers auf der Seite der freien Welt, sie alle und dazu noch das Zentralkomitee der Partei wie die verschiedenen Formen der Geheimpolizei in Diktaturen ergänzen die Kabinettsregierung. Um es an einem Beispiel aus der Literatur zu veranschaulichen: Es ist kaum ein größerer Gegensatz denkbar als die Schilderungen der Regierungsfunktionen durch den konservativen Staatsdenker *Joseph de Maistre*, den liberalen Engländer *Walter Bagehot* und den späten Bolschewiken und Stalinisten *Andrej Wyschinski*. Sie zeigen, daß die Regierungen einer agrarischen, einer industriellen und einer proletarisch-asiatischen Gesellschaft nicht nur verschiedene staatsrechtliche Institutionen, sondern auch ebenso verschiedene soziale Gewalten sind.

Im Zeitalter des Frauenwahlrechtes, das noch nicht vermocht hat, den Männerstaat zu beseitigen, spielt die Frau in den Regierungsgeschäften keine besondere Rolle. Selbst in Staaten, in denen die Frauen allgemein in der Mehrheit sind und in denen einzelne Berufszweige zu einem sehr hohen Prozentsatz von der Frauenarbeit abhängen, ist die Frau in der Regierung höchstens Arbeits- oder Erziehungsminister; ein weiblicher Wirtschafts- oder Justizminister ist bereits eine Ausnahme. Auf der Ebene der Staatssekretäre ist das Verhältnis der Geschlechter nicht anders.

Die Verwaltung im engeren Sinne der Administration ist längst kein bloßes Vollziehen mehr. Wir haben zwar einen Teil der Verwaltung als gesetzliche Verwaltung, einen anderen Teil immerhin als gesetzmäßige Verwaltung. Verwaltungsbefehle außerhalb der Gesetze sind nichtig. Jeder, der sich in seinen Rechten verletzt fühlt, kann den Rechtsweg beschreiten. Die Verwaltung des modernen Staates in ihrer Gesamtheit aber nur als Vollziehung von Gesetzen aufzufassen, ist eine juristische Antiquität. Denn der größte Teil

dessen, was sich heute Verwaltung nennt, z. B. die ganze Versorgungswirtschaft, der ganze öffentliche Verkehr, die ganze Gesundheitspflege, das ganze Erziehungswesen, sind unmittelbar fürsorgliche Tätigkeiten. Einige unserer Verwaltungsgerichte haben zwar den logischen Kopfsturz gemacht, die Erteilung von Zensuren zum Verwaltungsakt zu erklären, doch ändern solche Irrläufer unter den Richtern nichts an der Tatsache, daß die heutige vollziehende Gewalt selbst wirtschaftet, heilt, erzieht usw.

Wenn man in Deutschland unbekannte juristische Formen der Verwaltung, z. B. die public corporations des angelsächsischen Rechtes, die amerikanischen Regionalverwaltungskörperschaften, die trustees des Punkt-Vier-Programms, des Colombo-Planes und des Südostasien-Programms, ins Auge faßt, so ist sonnenklar, daß sich mit dem Begriff der vollziehenden Gewalt im Bereich der zwisdienststaatlichen Organisationen überhaupt nichts anfangen läßt. Das gilt auch für die supranationalen Behörden des europäischen öffentlichen Rechts, wie die Hohe Behörde der Montan-Union, das Rüstungskontrollamt und das Beschaffungsamt der Westeuropäischen Union, die OEEC, die Europäische Zahlungsunion usw. Neben die alten Typen der internationalen Verwaltung ist ein neuer Verwaltungstyp getreten, an dem die Vorstellungen der alten Gewaltenteilungslehre scheitern.

III. Lösungsmöglichkeiten

Ein ganzes Buch wäre notwendig, um Vorschläge für eine Neuordnung der Gewaltenteilung im modernen Staat zu erörtern. Diese Darstellung bliebe unvollständig, wenn nicht wenigstens einige Vorschläge angedeutet würden.

Aus dem Gesagten ist hoffentlich ersichtlich, daß die historischen Modelle aus den Jahren 1689, 1748 bis 1752 und 1831 nicht mehr für uns passen. Das Verhältnis der Staatsgewalt im ganzen zur Gesellschaft in ihrer Gesamtheit und der geteilten einzelnen Gewalten des Staates zu den verschiedenen Lebensbedürfnissen der Gesellschaft hat sich von Grund auf gewandelt. Dafür bedarf es keines Nachweises.

An dieser Stelle sollen nur die *sozialen* Kräfte und ihr Verhältnis zur Staatsgewalt betrachtet werden. Ihr organisatorischer Ausdruck sind die *Gewerkschaften*. Ihr Verhältnis zum Staat, zur Gesetzgebung, zur Regierung und zur Rechtsprechung war bis in die zwanziger Jahre unseres Jahrhunderts hinein mehr oder weniger feindselig. Die Polizei behandelte die Gewerkschaften als Störer der öffentlichen Ordnung und Bedrohung der öffentlichen Sicherheit, die Rechtsprechung sah in ihnen eine Verschwörung, Aufreizung zum Klassenkampf und Landfriedensbrecher; die Gesetzgebung schwankte zwischen Verbot und stillschweigender Duldung. Erst seit den zwanziger Jahren sind die Gewerkschaften nach und nach legalisiert worden, übrigens nicht ohne arge Rückschläge. Teilweise wurden sie zur Bildung staatlicher Organe in der Sozialversicherung einschließlich der Arbeitslosenversicherung, in der Verwaltung, z. B. der Berufsschulen, in der Rechtsprechung (Deutsches Arbeitsgerichtsgesetz von 1926) und der Betriebsverfassung (Deutsches Betriebsrätegesetz von 1920) herangezogen. Selbst wenn man der Auffassung ist, daß der In der Rechtssprache des Reichsgerichtes so oft gebrauchte Verlegenheitsbegriff *sui generis* ein Ausweichen vor dem sachlichen Problem sei, wird man zugeben müssen, daß durch diese kasuistische Anerkennung der sozialen Gewalt die Gewaltenteilung eine organisatorische Erweiterung erfahren hat.

Diese Tendenz hat sich seit 1945 durch das Mitbestimmungsrecht, das Betriebsverfassungsrecht, die Wiederherstellung der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, die Reorganisation der Arbeitslosenversicherung u. a. m. noch verstärkt.

Juristisch betrachtet befinden wir uns also in einem Prozeß der Delegation von Befugnissen der Staatsgewalt an soziale Organisationen und Kräfte. Manche dieser Zuständigkeiten könnten auch die traditionellen Organe des Staates, z. B. die kommunalen Selbstverwaltungskörper, wahrnehmen. Keine dieser Zuständigkeiten aber wird mehr

durch die Souveränität des Staates konstituiert. Jede Zuständigkeit ist durch die Demokratie von unten auf erwachsen.

Ähnliche Delegationen der Staatsgewalt könnten auch an ökonomische Organisationen (Gemeinwirtschaftskörper), an pädagogische Institutionen (freie Schulen und Schulverbände) und weitere soziale Einrichtungen theoretisch ausgedacht und praktisch geschaffen werden.

Besonders eindrucksvoll ist dieser Prozeß in den Vereinigten Staaten von Amerika, in Mexiko, in Israel und in Indien. In jedem dieser Länder hat er seine Eigenart.

In den Vereinigten Staaten reicht er bis auf die Sklavenbefreiung zurück. Das 13. und das 14. Amendment hatten einen leeren Raum gelassen, der einfach als Nichtvorhandensein von Sklaverei im Sinne von Zwangsarbeit, Beschränkung der Freizügigkeit, der Unfähigkeit, Eigentum zu besitzen, Verträge abzuschließen, Mitglied eines Gerichtes zu sein, als Zeuge vor Gericht aufzutreten, von verschärften Strafen und ähnlichem beschrieben wurde (Entscheidung des Obersten Bundesgerichtes in The Civil Rights Cases 1883). Diesen sozial leeren Raum mit bürgerlichen Rechten auszufüllen, ist seit dem Bundesgesetz über bürgerliche Rechte von 1875 das Ziel einer großen Bewegung gewesen, die ideell die Befreiung der Neger mit der Befreiung der Arbeit identifizierte.

In der neueren Zeit hat eine höchst richterliche Entscheidung von 1932 die rechtliche Grundlage für das freiheitlichste Gewerkschaftsgesetz der Welt, den Wagner-Act von 1935, geschaffen. Ihm folgte die Gründung des CIO auf dem Fuße (1938). Wenn auch der Taft-Hartley-Act von 1947 das Gesetz von 1935 eingeschränkt und insbesondere die Bewegungsfreiheit der Gewerkschaften beschnitten hat, so bleibt doch der soziale Aufstieg unbestreitbar. Das Closed-shop-Prinzip, d. h. die monopolistische Vermittlung der Arbeitsplätze durch die Gewerkschaften, hat sich in den großen Industrien durchgesetzt. Die Gewerkschaften zahlen die Alterspension, für die auch die Unternehmer Beiträge in die Gewerkschaftskasse leisten. Der Vertrag über den garantierten Jahresarbeitslohn vom 5. Juni 1955 hat aus dem noch vor 25 Jahren durch tägliche Kündigung bedrohten Arbeiter quasi einen mittelständischen Angestellten gemacht. Schließlich darf man darauf gespannt sein, wie der Zusammenschluß von CIO und AFL sich nicht nur sozial, sondern auch politisch auswirkt.

Wenn alle diese erfreulichen sozialen Fakten, die ohne schwere Kämpfe und große Opfer (Freiheitsstrafen für Gewerkschaftsführer und Geldbußen von Millionen Dollars für die Gewerkschaftsverbände) nicht hätten erreicht werden können, schon an sich höchst bemerkenswert sind, so ist ihre Bedeutung für die Entwicklung der Gewaltenteilung im staatsrechtlichen Sinne noch größer. Delegationen öffentlich-rechtlicher Befugnisse an Arbeiternehmer und Arbeitgeber, die bis zur Abgabe gesetzgeberischer Zuständigkeiten und bis zum Verbot gerichtlicher Verfügungen gehen, begleiten seit 1932/1935 den Aufstieg des amerikanischen Gewerkschaftswesens und mindern die Substanz der Staatsgewalt.

Liegt hier der Anfang zur Lösung des Problems der Gewaltenteilung im modernen Staat auch für Deutschland? Man kann die Frage heute nur stellen, noch nicht beantworten. Für die Gesamtverfassung eines wiedervereinigten Deutschland aber muß sie entschieden werden.

Das Manuskript wurde am 7. Juni 1956 abgeschlossen. Infolgedessen sind der Antrag der FDP auf Errichtung eines Obersten Bundesgerichtes und der Bundestagsbeschluß über die Novelle zu dem Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Änderung der Methode der Richterwahl) noch nicht berücksichtigt. Gleiches gilt für die Übernahme des israelischen Außenministeriums durch die bisherige Arbeitsministerin Frau Myerson.